

## 論 説

## 刑法からみた民法720条

曾 根 威 彦

- 一 はじめに
- 二 民法720条と刑法36条・37条
- 三 民法720条の要件
- 四 結びに代えて——転嫁型緊急行為について——

## 一 はじめに

民法720条1項本文は、「正当防衛」について「他人ノ不法行為ニ対シ自己又ハ第三者ノ権利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得スシテ加害行為ヲ為シタル」場合は、損害賠償責任（不法行為責任）を負わない、と規定し、同項但書は、「但被害者ヨリ不法行為ヲ為シタル者ニ対スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」として、正当防衛行為が第三者（被害者）に向けられる場合のあることも認めている。また、民法720条2項は「緊急避難」について規定し、「他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル為メ其物ヲ毀損シタル場合」について同条1項を準用している。緊急事態の発生源が、720条1項では「人の（不法）行為」に求められ、同2項では一定の「物の状態」に求められているのである。一方、刑法も正当防衛と緊急避難について規定しているが、両概念を区別する基準は民法と異なり、また、両者を合わせた緊急行為の違法性阻却が及ぶ範囲も民法と刑法とで異なっている。

まず、刑法上の正当防衛（36条）は、その防衛行為が不正な侵害に対す

る反撃に限られている点で、侵害の第三者への転嫁を含む民法のそれよりも狭い概念である。ただし、いわゆる対物防衛を刑法上の正当防衛に当たると解する場合には（後出二2(2)）、その分、これを含まない民法上の正当防衛より広いことになる（民法上は720条2項の緊急避難）。これに対し、刑法上の緊急避難（37条）は、危難の発生源が人であると物であるとを問わず、また、避難行為の対象として第三者を含む（むしろそれが常態である）点で、危難の発生源が他人の物に限られ、また、避難行為の対象もその他の人の物に限られている民法上の緊急避難より広い概念である。緊急行為全体としてみれば、無主物や自然現象が危険の発生源である場合や、不法行為を構成しない他人の物による危難を第三者に転嫁する場合についても緊急避難が認められる点で、民法より刑法の方が違法性の否定される範囲は広いと言えよう。

以上のように、民法上の正当防衛・緊急避難と刑法上のそれとの間には、その区別の基準・範囲に違いが認められるのであるが、本稿では、民法と刑法との関係に言及しつつ、その間の外見上の矛盾・食違いをどのように理解し、調整すべきであるかについて考えてみることにしよう。なお、言うまでもないことであるが、問題の核心は、他人の法益を侵害する緊急行為を「正当防衛」と呼ぶか、「緊急避難」と呼ぶかという名称にあるのではなく、その行為の違法性が阻却されるのか、それとも不法行為を構成するのか（違法性を帯びるのか）、という点にあることに注意する必要がある。

## 二 民法720条と刑法36条・37条

民法720条は、上述のように、侵害・危難が他人の不法行為を発生源とするか、他人の物を発生源とするかによって、正当防衛（1項）と緊急避難（2項）とを区別している。そこで、本章では、侵害・危難の発生源を基準として、刑法との関係で民法における正当防衛と緊急避難の適用範囲

について考えてみることにしよう。

## 1. 民法720条1項が適用される場合

民法上、他人の不法行為に対抗する行為はすべて正当防衛と解されており、不法行為者に対してなされる場合（類型Ⅰ＝反撃型）だけではなく、それ以外の第三者に対する行為（類型Ⅱ＝転嫁型）も正当防衛に含まれる<sup>(1)</sup>（民法720条1項）。例えば、Xが不法行為者Aの暴行を避けるために付近にいた第三者Bを突き飛ばして逃げる場合にもXに正当防衛は成立する（同項但書）。これは、立法者が、Xは人（A）の「不法行為」によって緊急事態に陥った者であるから、それ以外の事情によって緊急事態に陥った者よりも厚く保護されてしかるべきであり、したがって第三者（B）に対する侵害でも許されるのだと考えたことによる、と解せられている<sup>(2)</sup>。

これに対し、刑法においては、不法行為（不正な侵害）に対応する行為が民法720条1項の要件を満たす限り適法行為であるとしても、それが正当防衛となるのは、相手方に対する反撃行為に限られており（反撃型＝36条）、不正な侵害に対応する行為であっても、それが第三者に向けられるときは（転嫁型）、緊急避難が成立するに過ぎない（37条1項本文）。ただし、民法上、損害賠償責任を負うのは原不法行為者（A）であって避難（防衛）行為者（X）ではないことから（720条1項但書）、この場合の緊急避難は、正当防衛と同様、完全な適法行為とみるべきであって、第三者（B）はこれに対し（不可罰的違法行為としての）緊急避難をもってしか対抗することができない。

---

（1）これらの類型には、例えばAが自己の飼い犬をXにけしかけたために、XがA（類型Ⅰ）ないし第三者B（類型Ⅱ）を突き飛ばして逃走した場合のように、侵害が他人の不法行為に由来するものの、侵害の直接の原因が他人の所有物である場合も含まれている（幾代 通「民事上の正当防衛・緊急避難と第三者」法学48巻3号3頁以下参照）。なお、「反撃型」「転嫁型」の名称は、幾代・上掲4頁による。

（2）幾代・前掲注（1）26頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（中巻）』（1983年）368頁。

## 2. 民法720条2項が適用される場合

(1) 民法720条2項は、緊急避難を、危難が他人の物より生じた場合に限定するとともに、避難行為者がその物を毀損した場合にのみ適法行為として損害賠償の責任を解除している（類型Ⅲ＝対危険物緊急行為<sup>(3)(4)</sup>）。これは、物による危難に際しては、法益権衡を害しない限り、その物に対する反撃は許されてしかるべきだ、という趣旨で理解されている<sup>(5)</sup>。もっとも、対危険物緊急行為のうち、他人の物より生じた危難が他人の不法行為に由来する場合は、民法720条1項の正当防衛が成立するから、ここで720条2項固有の領域として考えられるのは、例えば地震で建物が倒壊したために、Aの飼い犬の鎖が切れてXに噛み付いてきたのでXがその犬を殺傷したという場合のように、他人の所有物が危難の原因になったことにつき有責者が誰もいない場合、特に飼い主に故意・過失が認められない場合（不可抗力の場合<sup>(6)</sup>）、すなわちいわゆる「対物防衛」の場合に限られることになる（後出3参照）。一方、刑法上も、対物防衛が民法720条2項との関係からみて完全な適法行為であることは明らかであるが、問題となるのは、それが刑法上も緊急避難であるのか、それとも刑法上は正当防衛を構成することになるのか、ということである。

(2) 刑法上正当防衛が成立するためには、その前提として「急迫不正の侵害」が存在しなければならないが、対物防衛（を正当防衛と解すること）の肯否に関して、ここでいう「侵害」が①人の侵害行為に限られるのか、それとも②侵害行為のほか侵害状態を含むのかが問題となる。①の理解は

---

(3) 名称は、幾代・前掲注(1)5頁による。

(4) 同趣旨の規定に、ドイツ民法228条の防御的緊急避難(der defensive Notstand)がある。刑法的観点からする防御的緊急避難については、吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』(1992年)102頁以下、同「防御的緊急避難の再検討」西原春夫先生古稀祝賀論文集第1巻(1998年)311頁以下が詳しい。

(5) 四宮・前掲注(2)369頁。

(6) 幾代・前掲注(1)5頁以下。

対物防衛を否定し、②の理解は単なる侵害事実、特に動物による侵害に対しても正当防衛（対物防衛）を肯定することになる。否定説は、正当防衛という不正の「侵害」とは、規範の向けられる人間による侵害行為だけを意味するから、動物による侵害に対しては正当防衛が認められず、緊急避難だけが可能である、とするのである。否定説の背後には、違法の領域においても法規範は（一般人を基準としつつ）意思決定規範として機能しなければならないとし、いわゆる違法状態の観念を否定する考え方が存在する。しかし、動物の侵害も明らかに人の法益を侵害・危険化しているのであるから、いわゆる客観的違法論を採って責任無能力者の侵害行為に対しては正当防衛を認めつつ、飼い主の管理できない動物の侵害に対しては正当防衛が許されない、と解するのは著しく均衡を失する。伝統的な客観的違法論の立場では、当然違法状態（侵害状態）の観念を認めうるし、違法状態を前提とする対物防衛も正当防衛として承認されなければならないであろう。<sup>(7)</sup>

また、刑法36条1項も「不正の侵害」と規定しているだけであるから、これを侵害行為に限ることなく広く侵害状態（違法状態）をも含むと解することに十分な合理性がある。民法720条1項の正当防衛が侵害の発生源を「他人の不法行為」に限り、その反面において、対物防衛を同条2項において緊急避難として規定しているのとは法形式が異なるのである。刑法36条は、不正の「侵害行為」と規定していないのであるから、「侵害」を「侵害行為」に限ることによって、防衛者に対し法文よりも不利益な解釈<sup>(8)</sup>をすることは、罪刑法定主義上の疑義さえ生じさせることになるだろう。

(3) 上に述べた不均衡を考慮して、対物防衛否定説の立場からも、民法720条2項に規定する対危険物緊急行為（類型Ⅲ）を刑法35条の「法令による行為」と解して、実質的に刑法36条の適用を認めるのと同じ効果を

(7) 対物防衛に関する私見の詳細については、曾根威彦『刑法の重要問題（総論）』（補訂版・1996年）54頁以下。

(8) 内藤 謙『刑法講義総論(中)』（1986年）339頁。

期待する見解が主張されている。その論拠は、①刑法における謙抑主義の見地から、民法上適法とされた行為が刑法上違法とは考えがたいこと、②刑法35条が法令行為を正当行為として規定しているのは、刑法以外の法律上の違法性阻却事由が刑法上も妥当するという趣旨に解されること、すなわち違法の統一性<sup>(9)</sup>の思想に求められている。たしかに、違法は、基本的に全法秩序の下で統一的に理解されるべきであり、民事上損害賠償責任を負わない適法行為が、刑事上は違法であって刑罰の対象となる、と解することは許されない。また、超法規的違法性阻却事由の存在からも窺われるように、刑法以外の法律の規定する違法性阻却事由が刑法上機能することも認められてよい。しかし、そのことから直ちに、民法720条2項が刑法35条の「法令」に当たるとすることには論理の飛躍があるように思われる。

まず、「法令行為」とは、法律・命令その他の成文法規により権利または義務として認められた行為をいい、その種類として、公務員の職務行為、私人の権利行為、その他個々の法令による行為が挙げられている。例えば、刑法11条ないし13条に基づく死刑ないし自由刑の執行、民法822条に基づく懲戒権の行使などはここにいる法令行為に当たるが、これらの法令は公務員または私人の権利・義務を規定したものであっても、正面から違法性阻却事由そのものを規定しているとはいえない。それゆえ、刑法11条ないし13条を違法性阻却事由として構成するために刑法35条の「法令」に含める必要があるとしても、違法性阻却事由そのものを規定している刑法36条・37条は35条の「法令」には含まれない。同様の関係は、民法822条と民法720条2項との間についてもいえるのであって、前者は刑法35条の「法令」に含まれるが、後者は含まれないのである。また、刑法36条・37条が緊急の正当化事由（緊急行為）としての正当防衛・緊急避難を規定しているのに対し、刑法35条は常態的正当化事由（一般的正当行為）として法令行為・正当業務行為を規定している。そこで、仮に35条の「法令」

---

(9) 橋田 久「侵害の不正性と対物防衛」現代刑事法 9 号 (2000年 1 月号) 39頁以下。さらに大谷 實『新版 刑法講義 総論』(2000年) 297-8頁。

に違法性阻却事由自体の規定を含むと解するとしても、これに緊急行為について規定した民法720条 2 項を含めることは困難である。したがって、対物防衛否定説の立場から刑法において民法720条 2 項を援用するとしても、それは刑法35条を経由することなく、720条 2 項の内容を刑法上も独立の違法性阻却事由として扱うべきであろう。

### 3. 民法720条 1 項と同 2 項が競合する場合

(1) 同一の事態について、民法720条 1 項と同 2 項の適用が共に可能な場合がある。<sup>(10)</sup>これは、例えば A が自分の飼い犬を X にけしかけ襲いかからせたため、X がその犬を殺傷したという場合であって（類型Ⅳ）、X に対する侵害は A の不法行為に由来することから 1 項の正当防衛に当たると共に、X の行為は危険源である物に対する反撃であるから 2 項の緊急避難にも該当することになる。この類型の場合、X の行為はいずれにせよ民法上適法行為であって、<sup>(11)</sup>刑法上は正当防衛に当たる。問題となるのは、A が他人 B の飼い犬を X にけしかけ襲いかからせようとしたため、X がその犬を殺傷したという場合である（類型Ⅴ）。この場合も、民法上は720条 1 項、2 項の双方に該当する完全な適法行為であるが、刑法上、それが正当防衛に当たるのか、それとも緊急避難に過ぎないのか、ということが問題となる。

(2) 類型Ⅴは、刑法学上、いわゆる「防衛行為と第三者」と呼ばれる事例の 1 つである。<sup>(12)</sup>第一に、この問題を動物の侵害に対する反撃という点で、対物防衛のカテゴリーに含めて理解することも考えられる。その場合、まず、①対物防衛否定説によれば、B が自分の飼い犬の侵害に何らか

(10) 幾代・前掲注（1）5 頁参照。

(11) このケースでは、民法718条（動物の占有者・保管者の責任）も問題となりうる。

(12) 他の類型として、①防衛者が第三者の物を利用し、その物を損壊した場合、②防衛行為の結果が第三者に生じ、第三者が損害を負った場合の 2 つがある。私見によれば、前者は緊急避難であり、後者は違法行為（ただし責任阻却の余地はある）である。

かわっていない以上、B との関係で X の正当防衛は否定されることになる。これに対し、②対物防衛肯定説の立場では、B の飼い犬が A の不正な侵害行為の手段として利用されている以上、通常の対物防衛の場合にもまして第三者 B との関係でも正当防衛が認められることになる。<sup>(13)</sup>しかし、本来の対物防衛においては（類型Ⅲ）、動物の侵害という単なる違法状態が前提とされており、民法上は720条2項のみが適用されるのに対し、類型Ⅴの場合は、物を利用した違法な侵害行為が存在し、民法720条1項も適用されるのであるから、これを対物防衛の問題に解消してしまうことはできない。<sup>(14)</sup>対物防衛否定説の立場でも、本件Xの行為については、民法720条1項の趣旨に照らし、刑法上も正当防衛を認める余地があるのである。

それにもかかわらず、厳格に、刑法上の正当防衛はあくまでも不正な侵害者の法益を害した場合にのみ認められると解する場合には、X が反撃の対象とした第三者 B の法益が法の保護に値する正当な利益であることから、B に対する関係では緊急避難にとどまる、と解することもできないわけではない。しかし、この場合、B の所有物は A による侵害の手段としてその本質部分を構成しているのであるから、X の行為は A の侵害行為自体に対する反撃とみることができるし、また、B の飼い犬が用いられたことは、侵害者 A 側の事情によるのであって被侵害者 X 側の事情によるのではないから、X の行為は第三者 B との関係でも正当防衛となると解することが可能である。<sup>(15)</sup>民法学において、立法論上、急迫な侵害を第三者に転嫁する行為の免責に否定的な論者も、類型Ⅴに限っては、緊急行為を免責とした上で、被害者（B）のために、受益者（X）に対する不当利得返還請求という救済の途を留保している<sup>(16)</sup>のである。

(13) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）233頁。

(14) 内藤・前掲注（8）383-4頁。

(15) 香川達夫「正当防衛と第三者」同『刑法解釈学の諸問題』（1981年）126頁以下、森下 忠「正当防衛と緊急避難との限界領域」法経学会雑誌12巻4号75頁。

(16) 幾代・前掲注（1）36頁。



#### 4. 民法720条の適用が認められない場合

(1) ①無主物や自然現象を発生源とする侵害・危難に対応する行為、あるいは②人の所有物が直接の原因であっても、それが人の不法行為に由来しない危難を第三者に転嫁する行為は、民法が第三者への危難転嫁を認めていない以上、民法上不法行為を構成するが、刑法上は、37条1項本文の要件を満たす限り緊急避難となる（類型VI）。例えば、①野犬に追いかけられた X が他人 B を突き飛ばして逃げる行為<sup>(17)</sup>、② X が地震で鎖の切れた A の犬に追いかけられたために他人 B を突き飛ばして逃げる行為（類型Ⅲの修正事例）がこれに当たる。問題となるのは、このような緊急避難行為が完全な適法行為といえるか、それともこのような行為は違法であってこれに対して第三者の正当防衛が可能か、ということである。筆者は、類型VIの行為は、刑法上の緊急避難であって刑罰の対象とならない以上可罰性を欠くが、民法上損害賠償の対象となる以上違法であって、違法統一性論の見地から刑法的にも違法であり（不可罰的違法行為）、第三者はこれに対して正当防衛をもって対抗できると解しているが、これとは異なる見解も主張されているので、以下それを検討することにしよう。

(2) 民法学においては、類型VIにおける避難行為者（X）を救済するために、X の行為について、一定の場合には不法行為を構成せず、民法上もこれを適法行為と解する見解も主張されているようである<sup>(19)</sup>。しかし、前例の X の立場と B の立場とを対比した場合、やはり直接現在の危難に遭

(17) 判例として、大判大正3年10月2日（刑録20輯1764頁）は、洪水のため危険に瀕した部落を救うために、部落民の数人の者が堤防を破壊した、という事案に關し、その行為は刑法上は緊急避難として無罪になるが、民法上は（附帯私訴について）、「之れが為めに他方の権利の消滅を來すべきものにあらす」（原文カタカナ）として、堤防を所有し管理していた県からの損害賠償請求を認容した。

(18) 曾根『刑法総論』（第3版・2000年）126頁、同・前掲注（7）82頁以下。

(19) 例えば平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（1992年）97頁。なお立法論として、例えば加藤一郎『不法行為』（増補版・1974年）137頁。

遇した X よりも、当初事態の埒外にあった B を優先的に保護すべきものであろう。B に対する直接の加害者は X なのであって、その直前に X が急迫の危難に直面したということは、B にとっては与り知らぬところのものである。また、X は、危難を甘受することができたにもかかわらず、咄嗟のこととはいえ、あえて自己の自由な判断により B への加害行為に及んでいるのである。たしかに、同様の問題は転嫁型の正当防衛についても生ずるが、<sup>(20)</sup> その場合は、被害者 B は曲がりなりにも原不法行為者 A に対し損害賠償を請求することが可能なのであって、X に損害賠償責任を負担させるという意味で防衛行為を違法と構成する必要性が乏しいのに対し、転嫁型緊急避難の場合は、一定の場合に避難行為を適法と解すると、被害者 B はどこにも損害賠償を請求しえないという事態が生じてしまう。転嫁型緊急避難を免責とすることは、被害者にとって、自己 (B) の法益を他人 (X) の法益のために犠牲に供するよう強いられることを意味している<sup>(22)</sup>のである。

また、民事上も転嫁型緊急避難を認める立場では、たしかに緊急避難の成否について、その要件にもよるが (後出三 2 (2))、民法と刑法とでかなりの統一が図られることになる。しかし、民法と刑法とで緊急避難、広く緊急行為、さらには違法性阻却事由の範囲に広狭の差が生ずることは必ずしも不都合なことではない。たしかに、違法性、およびその反面としての違法性阻却が根本において法秩序全体に通ずる統一的なものであるとしても、その発現形式にはさまざまな種別・軽重があるのであって、各法の固有の目的に応じて、そこで要求される違法性の質・量に違いが出てくるこ

---

(20) このような事情は、X が危難に遭遇した第三者 C のために B に対し加害行為に及んだ場合も同じであろう (幾代・前掲注 (1) 33 頁以下)。X からみて B・C は共に同じ第三者であるが、最初に危難に遭遇したのは C であって、B は X の加害行為によって初めて損害を受けることになるからである。

(21) 幾代・前掲注 (1) 28 頁は、立法政策としては、転嫁型正当防衛についても X に不法行為責任を認めるべきであるとしている。

(22) 幾代・前掲注 (1) 28 頁。

とは当然に認められなければならない（やわらかな違法一元論）。損害を誰に負担させるべきかを法の目的とする民法にあっては、急迫の危難の第一次的被害者である X に負担させるために X の避難行為を違法とし、しかし、X も自己の責めに帰さない事情から緊急事態に陥っていることから、刑法上はその避難行為を処罰の対象としない（不可罰的違法）、とする政策決定も十分可能なのである。

(3) 刑法学者の中には、転嫁型緊急避難に伴う損害賠償を適法行為による損失補償的なものとみて、民刑の統一を図ろうとするものもある。この見解によれば、刑法が緊急避難を認めているのは、保護する利益が侵害する利益を上回っている（優越的利益がある）からであって、そのような行為に対して正当防衛を認めて、優越的利益の実現を阻止するのはおかしい。したがって、民法と刑法を調和的に解釈するためには、刑法の緊急避難行為であっても損害賠償責任を負うことがあるのは、損害賠償を条件として違法性阻却を認めたもの、いわば損失補償的なものとして理解する必要がある、というのである。<sup>(23)</sup> この見解は、民法に規定のない刑法上の緊急避難についても民事上の違法性阻却を認めたとえて、被害者（B）は X に対して補償（ないし償金）の請求権を取得する、という法的処理を目指すものである。しかし、このような考え方に対しては、民法学者による次のような問題点の指摘がある。<sup>(24)</sup>

第一に、補償請求の相手方が当該緊急行為によって自己の法益を防衛された受益者（X）であるとする、わが民法上では不当利得の返還関係が

---

(23) 佐伯仁志＝道垣内弘人『刑法と民法の対話』（2001年）257頁〔佐伯教授の発言〕。この見解と類似の立法例が、ドイツ民法904条の攻撃的緊急避難（der aggressive Notstand）にみられる。それによれば、例えば野犬に追いかけられた X が他人 B の家の垣根を壊して逃げたという場合、B が X による避難行為を阻止することが許されないという意味において X の行為は違法でないが（ただし物損に限り）、B は「犠牲に基づく請求権」（Aufopferungsanspruch）により受益者である X に損害賠償を請求することができる。

(24) 幾代・前掲注（1）31頁以下。

考えられるが、そうだとすると、隣人等 (B) に損失は与えたが、結果的に受益がまったく無かったか損失より小さかった場合、被害者はその損害の全部または一部を填補する途を閉ざされてしまうが、それもやむをえない、としてよいものであるか、第二に、緊急行為者 (X) と受益者 (C) とが別人である場合に (第三者のための緊急避難)、はたして受益者のみを補償支払義務者とすることにより、第三に、以上のような不当利得型の処理をせず、受益の有無にかかわらず、避難行為は適法行為ではあるが相手方の損害を補償ないし賠償すべきものとする処理も考えられるが、これも 1 つのドグマにすぎず、他者に与えた損害の填補に任じなければならないという面においては、なお不法行為であるとすることもできる、というのである。

刑法的にみても、仮に X の行為を適法行為と解すると、B はこれに対して正当防衛で対抗することができず、せいぜい緊急避難行為のみが可能となるが、上の見解により B の緊急避難も完全な適法行為であるとする、と、合い争う X および B の行為が共に正当となって、法秩序は無秩序状態を招来することになりかねない。結論としてはやはり、X の行為を (不可罰的) 違法、B の行為を適法と解することによってのみ、事態の妥当な決着が図られることになるのではなかろうか。<sup>(25)</sup>

### 三 民法720条の要件

刑法における正当防衛 (36条) と緊急避難 (37条) の規定は、それぞれにおいて成立要件を比較的詳細に規定しており、判例・学説の蓄積もあつ

---

(25) その意味で、野犬に追われたため他人の家の垣根を壊したという事例について、道垣内教授が「無主物たる犬に追われたのは不幸としてあきらめさせることができるが、逃げるためとはいえ他人に垣根を故意に壊された人に対しては、『不幸でしたね』とは言にくい」とするのは理解できる (佐伯＝道垣内・前掲注 (23) 256頁)。

て両緊急行為の相違もある程度明瞭なものとなっている。これに対し、民法上の正当防衛（720条1項）と緊急避難（同2項）の規定はかなり抽象的であって、両者の成立要件上の相違も必ずしも明確ではない。そこで、本章では、刑法36条・37条を念頭に置きつつ、民法720条1項・2項の要件について考察することにしよう。

## 1. 民法720条1項の要件

(1) 正当防衛が成立するためには、まずその前提として、反撃行為または第三者への加害の原因となった「他人の不法行為」が存在しなければならない（正当防衛状況）。ここにいう「不法行為」は、民法の通説によれば、必ずしも当該他人（A）について（有責性の観点から捉えられた）故意・過失や責任能力など、不法行為の成立要件のすべてが具備していたことは必要でなく、Aの行為がもっぱら客観的に違法な場合であればよい、と解されている。<sup>(26)</sup> 民法720条1項の「不法行為」は、刑法36条の「不正の侵害」に対応するが、民法では侵害の内容が人の行為に限られてはいるものの、民法上の通説は、客観的違法論の見地から「不正」は侵害者が有責であることを要しないとする刑法学上の理解とも一致するものである。

もっとも、転嫁型正当防衛の場合、被害者（B）の立場からみると、それは防衛行為者である中間者（X）のやむをえない行為によって因果関係が連なったところの通常<sup>(28)</sup>の不法行為の問題であるから、当初の「不法行為」者（A）が被害者に対し現実に賠償義務を負うためには、Aにつき、故意・過失、責任能力など、不法行為成立要件のすべてが備わることが必要である。ところで、本事例の場合、「不法行為」の実体について、正当

(26) これに対し、平井・前掲注（19）95頁以下。

(27) もっとも、ここでの「行為」は、いわゆる行為意思に裏付けられたものである必要はなく（曾根・前掲注（18）55頁）、例えば夢遊病者の行為も含む、と解されている（四宮・前掲注（2）367頁）。

(28) 幾代 通＝徳本伸一『不法行為法』（1993年）103頁（2）。結果的に、AはXの無責行為を利用してBに不法行為を働いたことになる。

防衛という事前の権利防衛手段と (X の立場)、事後の原状回復的救済手段である損害賠償とで (B の立場)、その内容を異なって理解することになるが、このような概念の相対的把握は刑法においてもみられるところである。<sup>(29)</sup> すなわち、すでにみたように (前出二 2 (2))、刑法 36 条の「不正の侵害」は侵害状態を含む広い概念であるが、当該侵害が犯罪を構成し刑罰の対象となるためには、人の有責な行為であることを要するのである。

(2) 次に、正当防衛行為自体の要件は、「自己又ハ第三者ノ権利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得スシテ加害行為ヲ為」すことである。ここに「已ムコトヲ得スシテ……為シタル」というのは、刑法 36 条・37 条における「やむを得ずにした行為」と同じである。問題はその内容であるが、民法学者は、これに、①他人の侵害行為が急迫であって (急迫性)、加害行為をする以外に他に適切な方法がないこと (補充性)、②防衛しようとする法益と相手方 (不法行為者または第三者) に与える損害 (相手方の被侵害法益) とが合理的に均衡していること (均衡を著しく害していないこと)、を含ませている。<sup>(31)</sup> 一方、刑法では正当防衛と緊急避難の法的性格の違いを反映して、「やむを得ずにした」の意義につき、正当防衛については、防衛行為の①必要性 (相対的最小限度手段性) と②相当性 (保全法益と侵害法益とが著しく均衡を失っていないこと) を、緊急避難については、避難行為の①必要性 (厳格な最小限度手段性) と②補充性 (他にとるべき方法がないこと) を挙げるのが一般である。

(29) 四宮・前掲注 (2) 281 頁参照。

(30) ここでいう「権利」は、709 条の「権利」と同様、法の理想からみて保護に値する利益であれば足りると解されているが (幾代=徳本・前掲注 (28) 103 頁 (4))、この点は刑法 36 条にいう「権利」についても同じである。

(31) 例えば幾代=徳本・前掲注 (28) 102 頁、四宮・前掲注 (2) 368 頁、不法行為法研究会『日本不法行為法リステイメント』(1988 年) 118 頁 (幾代 通執筆)。なお、平井・前掲注 (19) 96 頁は、反撃型正当防衛について「不法行為者に生じた被侵害利益に関しては、防衛された利益との合理的均衡を考える必要はない」とするが、正当防衛の相当性の見地からは、もとより利益の厳密な均衡は必要でないが、ある程度の均衡はやはり必要であろう。

以上から、民法720条1項の「已ムコトヲ得スシテ」の内容が、刑法36条と37条における「やむを得ずにした」の内容を混在させて理解されていることが明らかであるが、これは民法上の正当防衛が刑法上の正当防衛（類型Ⅰ＝反撃型）と緊急避難（類型Ⅱ＝転嫁型）を共に含んで規定していることに由来すると考えられる。しかし、類型Ⅰが不法行為者に対する反撃であり、類型Ⅱが無責の第三者に対する加害である、という両者の本質的違いに着目するならば、民法720条1項についても2つの場合に分けてその内容を確定する必要があるように思われる。まず、類型Ⅰについては、必ずしも①の補充性の要件は不可欠のものではなく、急迫性のほか、単に必要やむをえない程度のもの（必要性）で足りる、と解すべきである。反対に、類型Ⅱについては、法益均衡の程度は②の合理的均衡では足りず、少なくとも刑法37条が要求している程度の厳格な法益の均衡性（防衛行為から生じた害が避けようとした害の程度を超えないこと）が要求される、と解すべきであろう。

## 2. 民法720条2項の要件

(1) 民法上の緊急避難が成立するためには、まずその前提として、「他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難」の存在が必要である（緊急避難状況）。緊急避難とされるためには、他人の物から生じた急迫の危難でさえあればよく、それが何人かの違法な行為に由来するものであることは必要でない。上述のように（前出二3）、民法720条2項は、危難が人の違法行為に由来した場合も含みうるが（類型Ⅳ・Ⅴ）、その場合は同時に720条1項の正当防衛にも当たるのであるから、720条2項固有の要件として危難の違法性は不要であって、本項が規制の本来の対象としているのは、いわゆる対物防衛の場合だけである（類型Ⅲ）。もっとも、刑法上は「物より生ずる危難」自体が「不正の侵害」であって刑法36条に当たる、と解すべきであることもすでにみたとおりである（前出二2(2)）。

(2) 次に、緊急避難行為といえるためには、それが急迫の危難を避ける

ため、危難の原因となった物自体を毀損する場合でなければならない。ところで、民法720条2項には1項におけるような「已ムコトヲ得スシテ」の文言が規定されていないが、民法の通説はこれを補って読み、その内容についても、その物を毀損する以外に適当な防衛手段がなかったこと、危難を受けた法益とその物との権衡を著しく失するものでないこと、という意味に解している。他に適当な手段がある場合や、法益権衡の失われる場合にまで反撃行為を適法化する必要がない、というのがその理由である。<sup>(32)</sup>これに対し、この場合には反撃の対象が危難の原因たる物に限られているから、正当防衛（民法720条1項）ほど厳格に解釈しなくてよい、という反対説もみられる。たしかに、民法720条2項の場合、人の不法行為の介在を要求していない点で、通説の主張するように、要件を厳格に解する必要があるようにも見受けられるが、対物防衛が刑法上の正当防衛に当たると解する本稿の立場からは、720条2項に「已ムコトヲ得スシテ」の要件を要求するとしても、その程度は1項の正当防衛のうち、反撃型（類型Ⅰ）のそれと同様のもので足りる、と解すべきであろう。

民法上の緊急避難が成立するためには、さらに、避難行為が危難の原因となった当該他人の物に向けられなければならないが、仮に第三者に向けられた場合（類型Ⅵのうち転嫁型の緊急避難に当たるもの）にも違法性阻却が認められることがあると解した場合（前出二4(2)）、その要件をどのように構成すべきかが問題となる。これには、①正当防衛と同じように、第三者に損害を加えた場合にも緊急避難になる、とする説、②刑法の緊急避難<sup>(33)</sup>（37条）の要件があれば免責を認める説等もある。しかし、①説は、民法720条2項が1項の場合とは異なり、あえて転嫁型の緊急行為を規定しなかったこと、②説は、民法が刑法とは異なり、正当防衛に準ずる特殊な形態の緊急避難のみを規定し、一般的な形で緊急避難を規定しなかったことに照らすと、いずれも解釈論としては無理がある。転嫁型の緊急避難にお

(32) 例えば四宮・前掲注（2）369-370頁。

(33) 四宮・前掲注（2）370頁参照。



ける被害者には、不法行為者的な帰責相当性がないことはもとより、そもそも危難原因を与えた者ではないのであり、また、被害者が究極において賠償を求めることのできる責任者がどこにも存在しないことを考えると、仮に転嫁型の緊急避難を認めるとしても（私見では認める必要はないと考えるが）、それはせいぜい、危難の種類と緊急の事情いかんによって、第三者に比較的少ない損害を与える場合に限られる、とする厳格な解釈態度をとるべきであろう。<sup>(35)</sup>

#### 四 結びに代えて——転嫁型緊急行為について——

民法720条 1 項（正当防衛）は転嫁型緊急行為を認め、同 2 項（緊急避難）は転嫁型緊急行為を認めていない（刑法ではいずれも37条の緊急避難に当たる）。そこから、この一見矛盾した取扱いについて、民法学者の間には、立法論を踏まえて3通りの考え方があるように見受けられる。すなわち、①現行法の取扱いを是としてそのままこれを承認するもの、②民法720条 2 項が転嫁型緊急避難を認めていないのは不合理であるとして、1 項の場合と同様、2 項にも転嫁型緊急行為を認めるべきであるとするもの、反対に③民法720条 1 項が転嫁型正当防衛を認めていることに問題があるとして、2 項の場合と同様、1 項についても反撃型の緊急行為のみに限るべきであるとするもの、の3つである。

筆者は、基本的に①の理解でよいのではないかと考えている。まず、②の見解によると、転嫁型緊急避難の被害者は、転嫁型正当防衛の被害者とは異なり、結局においてどこにも損害賠償を請求しえず泣き寝入りに陥る、という不都合が生ずる。反対に、③の見解については、転嫁型正当防衛の被害者は、転嫁型緊急避難の被害者とは異なり、当初の不法行為者に損害賠償を請求しうるのであって、防衛者の行為を違法と解する必要はな

(34) 幾代＝徳本・前掲注（28）104頁。

(35) 四宮・前掲注（2）371頁。

いものと思われる。もっとも、被害者が原不法行為者に損害を請求しえない場合があることを考えると、転嫁型正当防衛の要件（参考となるのは刑法の緊急避難の要件である）は反撃型正当防衛の要件よりも当然に厳しいものとなる。いずれにせよ、民法は、損害ないしリスクを誰に負担させるか、ということを意図する法規なのであるから、転嫁型緊急行為について、720条1項の場合は原不法行為者に、同2項の場合は緊急行為者に損害・リスクを負担させることに合理性があるように思われる。

①の見解、したがって現行法の立場については、危難・侵害の発生源が人の不法行為であるか、その他のものであるかは、避難・防衛行為者にとっても（②の立場）、被害者である第三者にとっても（③の立場）意味をなさない、とする批判が述べられる。しかし、その主張は、いずれも緊急状態における一方の立場（避難・防衛行為者または被害者）のみを視野に入れるものであって、緊急行為論全体の見地からは妥当性を欠いているように思われる。のみならず、問題の解決は、民法の分野にのみ限定されるべきものではなく、法秩序全体、したがってここでは刑法の緊急行為論をも視野に入れた上で図られなければならない。刑法的にみれば、転嫁型正当防衛も転嫁型緊急避難もいずれも刑法37条に該当する緊急避難であるが、前者は適法行為であって第三者はこれに対し緊急避難でしか対抗できず、後者は（不可罰的）違法行為であって第三者はこれに対し正当防衛をもって対抗することができるのである。